

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85315>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Artikel

Een upgrade van het zorgbeleid van de NMa: de derde versie van de Richtsnoeren voor de zorgsector

Prof. mr. J.W. van de Gronden*

Inleiding

Op 9 maart 2010 stelde de NMa haar Richtsnoeren voor de zorgsector vast¹ (hierna: Richtsnoeren).² Het is alweer de derde versie die de NMa publiceert. De eerste versie³ van de Richtsnoeren dateert van 2002.⁴ De tweede versie⁵ is nog van betrekkelijk recente datum en werd in december 2007 gepubliceerd.⁶

Waarom heeft de NMa na ruim twee jaar zich al weer gewaagd aan een nieuwe versie? In de Richtsnoeren is te lezen dat zorgaanbieders

‘...een spagaat ervaren tussen de roep om meer onderlinge samenwerking, zoals verschillende vormen van ketenzorg, door bijvoorbeeld het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en de grenzen die de Mededingingwet aan die samenwerking stelt.’⁷

Illustratief voor de gerezen problemen is de commotie die ontstaan is in de thuiszorgsector. Vanwege het optreden van de NMa werd in de sector gesteld dat niet meer duidelijk was in hoeverre ketenzorg geoorloofd was. De NMa heeft daarom met vertegenwoordigende organen uit de thuiszorg aan een regeling gewerkt,⁸ die echter verworpen werd omdat veel thuiszorgaanbieders niet wilden meewerken aan het opzetten van een regeling om ‘schoon schip te maken’.⁹ Hoewel aangegeven is dat de NMa nu verder zal gaan met handhavend optreden tegen illegale afspraken in de thuiszorg,¹⁰ geeft dit

195

- * Prof. mr. J.W. van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Professor Wolf Sauter wordt hartelijk dank gezegd voor zijn commentaar op een conceptversie van dit artikel. Uiteraard komt hetgeen in dit artikel wordt betoogd alleen voor rekening van de auteur.
1. Deze richtsnoeren zijn te raadplegen op de volgende internetsite van de NMa: http://www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20voor%20de%20zorgsector_tcm16-135479.pdf. In *Stcrt.* 2010, 3824, is melding door de NMa van deze richtsnoeren gemaakt.
 2. De NMa heeft ook een verkorte brochure gepubliceerd, waarin op een voor eenieder toegankelijke wijze kort de voornaamste principes van de Richtsnoeren worden samengevat. Zie de NMa-brochure ‘Samenwerken en Concurren in de zorgsector. Kansen, Mogelijkheden en Grenzen’. Deze is te raadplegen op de volgende site: http://www.nmanet.nl/Images/NMa_Samenwerken_in_de_zorg_JUNI2010_tcm16-138999.pdf.
 3. De eerste versie is in het onderhavige tijdschrift besproken door mij. Zie J.W. van de Gronden, ‘Richtsnoeren voor de Zorgsector: codificatie van de NMa-beleidspraktijk’, *M&M* 2003/2, p. 36 e.v.
 4. Van deze richtsnoeren werd in *Stcrt.* 2002, 206 kort melding gemaakt.
 5. Deze versie werd kort vermeld in *Stcrt.* 2007, 241.
 6. De richtsnoeren uit 2007 zijn besproken in dit tijdschrift door W.S. Geelhoed en F.J. Leeflang, ‘NMa-richtsnoeren voor de zorgsector nader beschouwd’, *M&M* 2008/4, p. 115-123.

7. Zie randnr. 4 van de Richtsnoeren.
8. Zie het persbericht van 6 mei 2010, ‘NMa, ActiZ en BTN werken aan alternatieve regeling voor thuiszorg’, te raadplegen op de volgende internetsite van de NMa: www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/Webberichten/NMa_ActiZ_en_BTN_werken_aan_alternatieve_regeling_voor_thuiszorg.asp.
9. Zie het persbericht van 20 mei 2010, ‘NMa: afwijzen collectieve regeling gemiste kans voor thuiszorgsector’, te raadplegen op de volgende website van de NMa: www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2010/2010_Q2/19-10_NMa_afwijzen_collectieve_regeling_gemiste_kans_voor_thuiszorgsector.asp.
10. Zie het artikel van de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa in *NMagazine* 2010/2, p. 3.

voorbeeld aan dat in de zorgsector behoefte bestaat aan meer duidelijkheid over de mededingingsrechtelijke randvoorwaarden. Daarom wil de NMa met het uitbrengen van de derde versie van de Richtsnoeren duidelijk maken welke mogelijkheden en grenzen bestaan voor samenwerking tussen ondernemingen¹¹ in de zorg.¹² Hoewel de NMa stelt dat mededinging leidt tot prikkels die in de zorg tot efficiënties kunnen leiden,¹³ benadrukt zij ook dat veel samenwerkingsverbanden toegestaan zijn, bijvoorbeeld indien deze nodig zijn met het oog op de kwaliteit.¹⁴ In de Richtsnoeren voor de zorg heeft de NMa zelfs beloofd haar visie op ketenzorg in een apart document verder uiteen te zetten.¹⁵ Aan deze belofte heeft de NMa zich gehouden met de publicatie van de Richtsnoeren Zorggroepen¹⁶ die zij samen met de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) heeft vastgesteld.¹⁷

Al met al staat de NMa dus een gebalanceerde toepassing van het mededingingsrecht in de zorg voor. Het is veelbetekenend dat de NMa in het jaarverslag van 2009 ruimschoots aandacht aan de zorg besteedt en daarin zelfs het volgende opmerkt: 'Betaalbare én goede zorg, dat is het doel dat de NMa nastreeft.'¹⁸ Een belangrijk thema in de ogen van de NMa is blijkbaar respect voor de publieke belangen die aan de orde zijn in de zorg. Verder is het opvallend dat in het jaarverslag van 2009 uitgebreid ingegaan wordt op de verhouding tussen mededinging en publieke belangen (waaronder ook de realisering van zorgdoelstellingen wordt begrepen).¹⁹

In het licht van het voorafgaande wordt in de onderhavige bijdrage de derde versie van de Richtsnoeren voor de zorgsector geanalyseerd. Centraal staat daarbij de vraag of deze richtsnoeren erin slagen te verduidelijken wat de verhouding is tussen het mededingingsrecht en de publieke belangen uit de zorg.

Wat moet verstaan worden onder de publieke belangen die in de zorg aan de orde zijn? In de Richtsnoeren van de NMa is een belangrijk aanknopingspunt te vinden voor deze kwestie. Net zoals in het jaarverslag wordt gewezen op de noodzaak om een goed en betaalbaar zorgaanbod dat inspeelt op de wens van de zorgvrager,

te realiseren.²⁰ In de Richtsnoeren worden derhalve kwalitatief hoogwaardige zorg en de betaalbaarheid ervan als belangrijke doelstellingen gezien. Verder wordt in officiële publicaties hieraan toegevoegd de doelstelling van de beschikbaarheid van de zorg.²¹ In het algemeen worden de volgende publieke belangen als doelstellingen van overheidsbeleid in de zorg gezien: kwaliteit, beschikbaarheid en betaalbaarheid van zorg.²² Niet duidelijk is waarom de NMa niet de beschikbaarheid noemt. Omdat echter andere overheidsinstanties dit wel doen,²³ wordt er in de onderhavige bijdrage daarom vanuit gegaan dat alle drie genoemde doelstellingen beschouwd moeten worden als publieke zorgbelangen.

Hierna worden de Richtsnoeren geanalyseerd vanuit het perspectief van de publieke zorgbelangen. Hierbij wordt (zoveel mogelijk) de structuur van de Richtsnoeren zelf als uitgangspunt genomen. Gestart wordt daarom met een aantal algemene mededingingsrechtelijke thema's, begrippen en concepten (die de Richtsnoeren bespreken in het begin). Daarna wordt ingegaan op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. In de Richtsnoeren wordt dit onderwerp voor de toepassing van de concentratieregels en van het kartelverbod op zorgcasus behandeld. Na de bespreking van hetgeen de Richtsnoeren opmerken over dominantie komen derhalve het concentratietoezicht en de zorg alsmede de verhouding tussen het kartelverbod en de zorg aan de orde. Aan het einde worden enkele conclusies getrokken.

Algemene thema's, begrippen en concepten in de Richtsnoeren

Aan het begin van de Richtsnoeren merkt de NMa op dat het doel ervan is om een toelichting te geven op de toepassing van de mededingingsregels door haar op de zorgsector.²⁴ Deze toelichting is geen overbodige luxe, omdat de beleidspraktijk van zowel de Commissie als de NMa, zoals vastgelegd in diverse richtsnoeren en groepsvrijstellingen, niet toegespitst is op de bijzondere eigenschappen van de zorgsector. Zo leggen noch de Richtsnoeren voor verticale overeenkomsten,²⁵ noch die

11. Overigens heeft de NMa ook beleid ontwikkeld voor samenwerking tussen bedrijven in het algemeen. Zie de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, vastgesteld op 6 mei 2008. Deze richtsnoeren (waarvan melding is gemaakt in *Stcrt.* 2008, 77) zijn te raadplegen op de volgende internetsite van de NMa: http://www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20Samenwerking%20Ondernemingen_april%202008_tcm16-75276.pdf.

12. Zie randnr. 6 van de Richtsnoeren.

13. Zie randnr. 21 van de Richtsnoeren.

14. Zie randnr. 22 van de Richtsnoeren.

15. Zie randnr. 19 van de Richtsnoeren.

16. Zie Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa, augustus 2010. Deze richtsnoeren zijn te raadplegen op de volgende internetsite: www.nmanet.nl/Images/NMa%20NZa%20Richtsnoeren%20Zorggroepen_tcm16-139166.pdf.

17. Daarnaast hebben de NMa en NZa over deze richtsnoeren Q&A's gepubliceerd. Zie www.nmanet.nl/Images/2010%2008%2016%20QA%27s%20zorggroepen_tcm16-139156.pdf.

18. Zie het Jaarverslag van de NMa over 2009, 'Belangen wegen', Den Haag 2010, p. 51.

19. Zie het Jaarverslag van de NMa over 2009, 'Belangen wegen', Den Haag 2010, p. 39 e.v.

20. Zie randnr. 5 van de Richtsnoeren.

21. Zie bijv. *Schaal en Zorg, Advies van de Raad voor de Volksgezondheid en de Zorg*, Den Haag 2008, p. 20.

22. Zie bijv. de brief van de minister en staatssecretaris van VWS van 9 juli 2009, *Governance in de zorgsector, Kamerstukken II 2008/09*, 32 012, nr. 1, p. 1-2. Zie ook J.K.M. Gevers, 'Gezondheidsrecht: ontwikkelingen en reflecties', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010, p. 370-371.

23. Uit de vorige noot bleek dat de verantwoordelijke bewindspersonen deze opvatting zijn toegegaan. Ook de NZa benadrukt het belang van de doelstellingen van kwalitatief hoogwaardige zorg, beschikbaarheid van de zorg en de betaalbaarheid ervan. Zie par. 3.5.1 en 3.6 van de Toelichting op de Beleidsregel AL/BR-100.069 van de NZa betreffende Aanmerkelijke Marktmacht in de Zorg.

24. Zie randnr. 2 van de Richtsnoeren.

25. Zie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Pb. EU 2010, C130/1.

voor horizontale overeenkomsten²⁶ van de Commissie verband met de zorgsector. De algemene mededingingsrechtelijke beleidspraktijk bevat dus weinig instructies hoe de toepassing van de mededingingsregels op de zorg zou moeten worden toegespitst. Tevens geeft deze praktijk niet aan hoe rekening gehouden zou kunnen worden met de in deze sector spelende publieke belangen. De Richtsnoeren voor de zorgsector van de NMa voorzien daarom in een belangrijke behoefte naar een geïntegreerde mededingingsrechtelijke benadering voor de zorg.

Deze richtsnoeren behelzen overigens geen volledige juridisch bindende regeling. De Richtsnoeren moeten gezien worden als beleidsregels in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, omdat zij uiteenzetten hoe de NMa haar mededingingsbevoegdheden zal toepassen op zorgcasus. De Richtsnoeren hebben dus enige juridische status, maar de NMa mag er gemotiveerd van afwijken indien zich bijzondere omstandigheden voordoen.²⁷

Toezichtskwesties

Een van de belangrijke onderwerpen die in de Richtsnoeren wordt aangesneden is de verhouding tussen het toezicht van de NMa en NZa. Uiteraard wordt dit onderwerp ook geregeld in het samenwerkingsprotocol²⁸ dat de NMa met de NZa heeft gesloten.²⁹ De Richtsnoeren gaan met name in op de problematiek van de samenloop van de bevoegdheden tussen de NMa en de NZa. Hierin wordt onder verwijzing naar artikel 18 Wet marktordening gezondheidszorg, op grond waarvan de NZa voorrang heeft op de NMa in zorgzaken, gesteld dat bevorderd wordt dat belanghebbenden zich in eerste instantie wenden tot de NZa. Dit is op zich een duidelijk uitgangspunt, waarmee de betrokken partijen in de zorg hun voordeel kunnen doen. Dit uitgangspunt is echter lastig te rijmen met het uitgebreide en uitgewerkte mededingingsbeleid dat de NMa vervolgens ontwikkelt in de Richtsnoeren. In het licht hiervan lijkt het wel alsof het primaat van het mededingingstoezicht in de zorg niet ligt bij de NZa maar juist bij de NMa. Hoe kan de NMa nu zo'n uitgebreide set aan regels voor de zorg hebben ontwikkeld, terwijl artikel 18 lid 3 Wet marktordening gezondheidszorg de NZa als eerstverantwoor-

delijke toezichthouder aanwijst? Het antwoord op deze vraag is niet alleen dat lid 4 van dit wetsartikel het primaat van de interpretatie van mededingingsbegrippen weer wel bij de NMa legt, maar ook dat de NMa als sinds haar oprichting in 1998 intervenieert in de zorgsector³⁰ en zodoende veel ervaring heeft opgebouwd, terwijl het concurrentietoezicht van de NZa³¹ van relatief recente datum is (de Wet marktordening gezondheidszorg is in werking getreden op 1 oktober 2006). Op termijn lijkt het echter onontkoombaar dat het inhoudelijke beleid van de NMa, zoals dat vastligt in de Richtsnoeren voor de zorg, nog meer wordt afgestemd op dat van de NZa, zeker als deze laatste toezichthouder steeds vaker met concrete besluiten intervenieert in zorgmarkten. Wellicht ligt een gezamenlijke publicatie door de NZa en de NMa van algemene richtsnoeren voor zorg en mededinging in de toekomst in het verschiet (hetgeen, zoals hiervoor al aan de orde kwam, reeds gebeurd is bij de Richtsnoeren Zorggroepen).

Begrip onderneming

Belangrijke thema's die tot het algemene kader van het mededingingsrecht behoren, zijn uiteraard het begrip onderneming en de afbakening van de relevante markt. Deze beide onderwerpen worden dan ook besproken in de Richtsnoeren.

Wat het begrip onderneming betreft, begint de NMa met het kort aanhalen van twee standaardarresten: de zaak *Höfner*³² en het arrest *Commissie/Italië*.³³ Hieruit blijkt dat elke entiteit die een economische activiteit verricht een onderneming is in de zin van het mededingingsrecht; het aanbieden van goederen of diensten op de markt wordt beschouwd als een economische activiteit. Vervolgens gaat de NMa het begrip onderneming toepassen op de zorg. Het is daarbij opmerkelijk dat de NMa geen arrest van het Hof van Justitie op het terrein van de zorg en het begrip onderneming aanhaalt, op een enkele verwijzing in een voetnoot na.

Dit is jammer, omdat deze rechtspraak aangeeft hoe publieke belangen doorwerken naar het begrip onderneming. Op het terrein van de sociale zekerheid heeft het Hof van Justitie namelijk een speciale lijn in de recht-

26. Zie de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EG 2001, C3/2. Overigens werden deze richtsnoeren ten tijde van het schrijven van dit artikel herzien. Zie de conceptrichtsnoeren van de Commissie inzake horizontale overeenkomsten (te raadplegen op de volgende website: ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_nl.pdf).

27. Dit vloeit voort uit art. 4:84 Algemene wet bestuursrecht.

28. Zie het Protocol tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang. Dit protocol is op de volgende website te raadplegen: www.nmanet.nl/Images/Samenwerkingsprotocol%20NMa-NZa%20d.d.%2010%20oktober%202006_tcm16-125062.pdf.

29. Overigens is hetgeen bepaald is in het Protocol verder uitgewerkt in de Werkafspraken tussen de directie Concurrentietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Nederlandse Zorgautoriteit. Deze afspraken zijn op de volgende site te raadplegen: www.nmanet.nl/Images/Werkafspraken%20tussen%20de%20directie%20CT%20van%20de%20NMa%20en%20de%20NZa_tcm16-125065.pdf.

30. Reeds in een van haar eerste jaarverslagen maakte de NMa melding van het grote aantal zorgzaken dat zij behandelde. Zie het Jaarverslag van NMa en DTe 1999, Den Haag 2000, p. 6.

31. Het voormalige College Tarieven Gezondheidszorg, waaruit de NZa is voortgekomen, had uiteraard met andere toezichtstaken in de zorg (met name wat het toezicht op de tarieven betreft) wel veel ervaring.

32. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner*, Jur. 1991, p. I-1979.

33. HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-118/85, *Commissie/Italië*, Jur. 1987, p. I-2599.

spraak ontwikkeld.³⁴ Deze komt erop neer dat, indien solidariteit overheerst, de uitvoering van de desbetreffende sociale zekerheidsregeling geen economische activiteit behelst. Indien een dergelijke regeling gebaseerd is op een mix van solidariteit en mededinging, leidt het uitvoeren ervan wel tot een economische activiteit. Omdat zorgverzekeringen gezien worden als een onderdeel van sociale zekerheid, kunnen zorgverzekeringsorganisaties 'profiteren' van deze benaderingswijze van het Hof van Justitie, zo bleek uit de de *AOK*-zaak,³⁵ waarin Duitse ziekenfondsen niet als ondernemingen werden aangemerkt.³⁶ Omdat deze ziekenfondsen geen winstoogmerk mochten hebben, de aanspraken van hun verzekerden vastgelegd waren in nationale wetgeving en zij verplicht aangesloten waren bij een risicovereveningssysteem, was het Europese mededingingsrecht niet van toepassing. Met name de twee laatstgenoemde vereisten uit de Duitse zorgwetgeving beogen te garanderen dat iedereen toegang heeft tot de noodzakelijke zorg en dragen in belangrijke mate bij tot de realisering van de doelstelling van de toegankelijkheid tot de zorg. Overwegingen die nauw verband houden met de publieke doelstellingen in de zorg hebben met andere woorden het Hof van Justitie ertoe gebracht om in *AOK* het mededingingsrecht niet toepasselijk te achten. Wat overigens opvallend was aan de *AOK*-zaak, is dat er wel degelijk sprake was van prijsconcurrentie en overstapgedrag van verzekerden bij de Duitse ziekenfondsen.³⁷ Op de concurrentie van de omvang van het pakket was echter geen mededinging mogelijk. Blijkbaar is in de visie van het Hof van Justitie voor het al dan niet economi-

sche karakter van zorgverzekeringen niet de mogelijkheid van concurrentie op prijs bepalend, maar van concurrentie op de aanspraken, waarop verzekerden recht hebben.

In de Richtsnoeren doet de NMa niets met het arrest *AOK*, ook niet als zij ingaat op de vraag of de Nederlandse zorgverzekeraars ondernemingen zijn. Zij stelt slechts dat deze verzekeraars economische activiteiten verrichten en daarom onder het mededingingsrecht vallen, waarbij verder nog in herinnering wordt gebracht dat artikel 122 Zorgverzekeringswet zorgverzekeraars in ieder geval als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet kwalificeert.³⁸ Geen melding wordt in de Richtsnoeren zelfs gemaakt van de Commissiebeschikking over het Nederlandse zorgstelsel,³⁹ waarin vrij uitvoerig uiteengezet is waarom de Nederlandse zorgverzekeraars ook ondernemingen in de zin van het Europese mededingingsrecht zijn.⁴⁰ Verder merkt de NMa op dat zorgkantoren (onder meer onder verwijzing in een voetnoot naar het enige 'zorgondernemersarrest' van het Hof van Justitie dat zij aanhaalt in de Richtsnoeren, namelijk het arrest *FENIN*⁴¹) niet als ondernemingen worden gezien, voor zover zij de AWBZ uitvoeren.⁴² De NMa geeft als reden aan dat de aanspraken en kringen van verzekerden volledig door de wet worden bepaald, zodat er sprake is van een 'mechanische wetstoepassing' en niet van een economische activiteit. Ik zou hieraan willen toevoegen dat deze mechanische wetstoepassing ingegeven is om (volledige) solidariteit tussen de aangeslotenen te realiseren en dat dit de hoofdreden is om de uitvoering van de AWBZ niet te zien als een economische activiteit.

Verder stelt de NMa dat (alle) zorgaanbieders als ondernemingen moeten worden gekwalificeerd.⁴³ Deze zienswijze is naar mijn mening in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin op basis van de redenering dat aanbieders in de zorg diensten (of goederen) tegen betaling aanbieden, tot de conclusie wordt gekomen dat zij economische activiteiten verrichten.⁴⁴

Afbakening van de relevante markt

Bij de bespreking van de afbakening van de relevante markt geeft de NMa aan dat de Bekendmaking⁴⁵ van de Commissie over hoe een dergelijke afbakening in zijn

34. Dit blijkt onder meer uit de volgende arresten: HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, Jur. 1993, p. I-637; HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94, *FFSA*, Jur. 1995, p. I-4015; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Albany*, Jur. 1999, p. I-5751; HvJ EG 28 januari 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens*, Jur. 1999, p. I-6025 en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Drijvende bokken*, Jur. 1999, p. I-6121 en HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, *Cisal*, Jur. 2002, p. I-691. Zie ook bijv. J.L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford 1999, p. 52-56; V.G. Hatzopoulos, 'Killing national Health and Insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the Judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms', *Common Market Law Review* 2002, p. 710 e.v. en J. Lear, E. Mossialos en B. Karl, 'EU competition law and health policy', in: E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten and T.K. Hervey, *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, p. 343.

35. HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-351/01 and C-355/01, *AOK*, Jur. 2004, p. I-2493.

36. Door dit arrest werd de NMa gedwongen om haar standpunt ten aanzien van Nederlandse ziekenfondsen te herzien. In 2005 werd aangegeven dat deze ziekenfondsen (die tot het *AOK*-arrest gekwalificeerd werden als ondernemingen door de NMa) niet meer werden beschouwd als ondernemingen. Zie randnr. 33 van de toespraak van R. Jansen van 26 april 2005, 'Mededingingsregels in de Zorg' en het Besluit van de d-g NMa in zaak 3473 e.a. Klachten van zorgaanbieders m.b.t. misbruik inkoopmacht zorgverzekeraars van 26 mei 2005. Overigens was deze kwestie vanaf 1 januari 2006 niet meer relevant, omdat toen het nieuwe zorgstelsel in werking trad in Nederland, waarin private zorgverzekeraars de basisverzekeringen aanbieden.

37. Zie S. Belhaj en J.W. van de Gronden, 'Some Room for Competition Does Not Make a Sickness Fund an Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector? (Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01 *AOK*)', *European Competition Law Review* 2004, p. 685.

38. Zie randnr. 65 van de Richtsnoeren.

39. Zie Beschikking van de Commissie betreffende de steunmaatregelen nr. N541/2004 en N542/2004 – C(2005) 1329 fin.

40. Zie par. 3.1 van de Commissiebeschikking.

41. HvJ EG 11 juli 2006, zaak C-205/03, *FENIN*, Jur. 2006, p. I-6295.

42. Zie randnr. 66 van de Richtsnoeren.

43. Zie randnr. 62 t/m 66 van de Richtsnoeren.

44. Zie HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180 t/m C-184/98, *Pavlov*, Jur. 2000, p. I-6451 en HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Glöckner*, Jur. 2002, p. I-8089. Zie ook randnr. 108 t/m 110 van de Beschikking van de Commissie van 28 december 2009 in zaak C(2009) 8120 definitief, Financiering van openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Tegen deze beschikking is overigens beroep aangetekend bij het Gerecht. Zie Pb. EU 2010, C148/38 (dit beroep staat ingeschreven als zaak T-137/10).

45. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het Gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. EG 1997, C372/5.

werk gaat, een belangrijke leidraad vormt.⁴⁶ Vervolgens legt de NMa uit hoe de productmarkt en de geografische markt moeten worden afgebakend. Bij de relevante geografische markt gaat de NMa in op een onderwerp dat veel belangstelling heeft getrokken in zaken betreffende ziekenhuisfusies: de reisbereidheid en reistijden van patiënten.⁴⁷ Bij specialistische zorg zal de patiënt eerder bereid zijn om ver te reizen dan bij veel voorkomende zorgtypen. De NMa spreekt in haar Richtsnoeren echter geen voorkeur uit voor een specifieke test om de geografische markt mee te bepalen. In het verleden heeft zij evenwel gebruik gemaakt van de Elzinga-Hogarty-test. Een bekend voorbeeld is haar eerste fasebesluit in de concentratiezaak betreffende de Gooise ziekenhuizen.⁴⁸ Op basis van deze test wordt een geografisch gebied afgebakend door te kijken naar de import van bijvoorbeeld ziekenhuisdiensten in dit gebied en export van deze diensten uit dit gebied. In het tweede besluit in de *Gooise ziekenhuizen-zaak* is de NMa echter op haar schreden teruggekeerd en heeft zij aangegeven dat ervaringen van andere mededingingsautoriteiten laten zien dat de test te onbetrouwbaar is om als de leidende lakmoesproef voor de bepaling van de relevante geografische markt te kunnen gelden.⁴⁹ Ook in de literatuur is kritiek geuit op de Elzinga-Hogarty-test, omdat deze test te weinig oog heeft voor de differentiatie van de vraag van de consumenten en de aangeboden 'ziekenhuisproducten'.⁵⁰ Er is op gewezen dat er andere, meer op de gedifferentieerde consumentenvoorkeuren en op het productaanbod toegespitste, modellen voorhanden zijn.⁵¹ Opmerkelijk genoeg wordt aan deze modellen of de overwegingen die hieraan ten grondslag liggen, (vrijwel) geen aandacht besteed in de Richtsnoeren.

Hoewel de afbakening van de relevante markt vooral een kwestie van economische beoordeling is, kan de NMa indirect rekening houden met het publieke belang van de beschikbaarheid van de zorg. Indien blijkt dat de reisbereidheid van patiënten niet groot is, moet de desbetreffende zorgmarkt beperkt worden afgebakend. Er is dan eerder sprake van een machtspositie, hetgeen de NMa bijvoorbeeld in de gelegenheid stelt een concentratie te verbieden, waardoor een voor een grote groep patiënten nabijgelegen zorginstelling dreigt te verdwijnen.⁵²

De NMa past de algemene principes van de marktafbakening toe door een aantal concrete zorgmarkten te bespreken. Dit doet zij door kort samen te vatten wat in

een aantal van haar besluiten is gesteld over verschillende markten. Dit overzicht maakt de problematiek van de marktafbakening in de zorg inzichtelijk en is behulpzaam voor de sector. De NMa hakt echter geen knopen door ten aanzien van nieuwe kwesties. Zo is het staande praktijk dat bij ziekenhuisdiensten een onderscheid gemaakt moet worden tussen klinische zorg en niet-klinische zorg.⁵³ De NMa heeft echter altijd in het midden gelaten of er nog een nader onderscheid naar specialisme gemaakt moet worden.⁵⁴ In de Richtsnoeren wil zij niet meer helderheid over deze kwestie verschaffen; alleen wordt nog gesteld dat nieuwe ontwikkelingen in de tariefstructuur (met name met betrekking tot Diagnose Behandel Combinaties (DBC's) en DBC's op weg naar transparantie) in de toekomst mogelijk een reden kunnen zijn voor een meer verfijnde marktafbakening.⁵⁵

Misbruik van economische machtspositie in de Richtsnoeren

Vanaf randnummer 91 e.v. wordt in de Richtsnoeren gesproken over de toepassing van artikel 24 Mededingingswet en artikel 102 VWEU op de zorg. Het betreft hier een tamelijk korte bespreking van deze problematiek. Eigenlijk beperkt de NMa zich hoofdzakelijk tot het maken van een aantal algemene opmerkingen en het samenvatten van een aantal van haar besluiten op het terrein van zorg en dominantie. Deze samenvattingen geven vooral aan wanneer er geen sprake is van misbruik en bevatten geen voorbeelden van casusposities, waarin bepaalde gedragingen als misbruikelijk werden gekwalificeerd.

Zoals hiervoor reeds aangegeven is, heeft de NMa met de vaststelling van de Richtsnoeren zich de ambitie gesteld meer duidelijkheid te geven over de verhouding tussen het mededingingsrecht en de publieke belangen die in zorg moeten worden gerealiseerd. Wat het verbod op misbruik van machtspositie betreft, laat de NMa echter een kans liggen gezien de beperkte hoeveelheid randnummers die aan dit onderwerp zijn gewijd in de Richtsnoeren. Hoewel deze korte bespreking te verklaren is vanuit de beperkte ervaring die de NMa in de praktijk heeft opgedaan met het verbod op machtsmisbruik, boden de in 2008 aangenomen Richtsnoeren artikel 82 EG-Verdrag⁵⁶ (thans art. 102 VWEU)⁵⁷ mooie aankno-

46. Zie randnr. 69 van de Richtsnoeren.

47. Zie randnr. 73 van de Richtsnoeren.

48. Zie Besluit van de d-g NMa in zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord* van 15 juli 2004.

49. Zie randnr. 63 e.v. van het besluit van de d-g NMa in zaak 3897, *Ziekenhuis Hilversum - Ziekenhuis Gooi-Noord* van 8 juni 2005.

50. Zie R.S. Halbersma, W. Kerstholt en M.C. Mikkers, 'Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector', *M&M* 2009/2, p. 76-82.

51. Zie R.S. Halbersma, W. Kerstholt en M.C. Mikkers, 'Marktafbakening en marktmacht in de zorgsector', *M&M* 2009/2, p. 77-82.

52. Zie J.W. van de Gronden en H.M. Stergiou, 'Fusietoets in de zorg: Hoe past een dergelijke toets in het Europese en nationale economische recht?', in: RVZ-rapport *Schaal en Zorg (achtergrondstudies)*, Den Haag 2008, p. 176 en 177.

53. Zie randnr. 87 van de Richtsnoeren.

54. Zie bijv. randnr. 15 van het Besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen* van 25 maart 2009.

55. Zie randnr. 87 van de Richtsnoeren.

56. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag (thans art. 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. EU 2009, C45/7.

57. Deze richtsnoeren zijn in dit tijdschrift besproken in L. Gyselen, 'Richtsnoeren voor de handhavingsprioriteiten van de EG-Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag', *M&M* 2009/3, p. 100 e.v.

gingspunten om in te gaan op zorgbelangen en machtsposities. In haar Richtsnoeren over artikel 102 VWEU heeft de Commissie aangegeven dat gedragingen die na een eerste analyse een misbruikelijk karakter lijken te hebben, gerechtvaardigd kunnen zijn vanwege een 'objectieve noodzaak'.⁵⁸ Deze noodzaak moet verband houden met factoren die extern aan de dominante onderneming zijn. Uitdrukkelijk worden gezondheidsoverwegingen als dergelijke factoren genoemd.⁵⁹ Uiteraard moet een succesvol beroep op de 'objectieve noodzaak' voldoen aan een aantal vereisten, zoals het evenredigheidsbeginsel. Nu de NMa in haar Richtsnoeren voor de zorg niet op de figuur van de 'objectieve noodzaak' is ingegaan, moeten verdere precedents over machtsmisbruik en zorgbelangen worden afgewacht voordat duidelijk zal worden in hoeverre deze figuur een rol zou kunnen spelen in mededingingszaken in de gezondheidszorg.

Concentratiecontrole in de Richtsnoeren

De Richtsnoeren starten de bespreking van de wijze waarop het concentratietoezicht in de zorg wordt toegepast met een algemene uiteenzetting. De belangrijkste principes (de verplichting van melding, problematiek van *gun-jumping*, het criterium van de significante beperking) van het concentratietoezicht worden op een overzichtelijk manier gepresenteerd voor actoren in de zorg die over weinig mededingingsrechtelijke kennis beschikken.

Uiteraard ontbreekt de opmerking over omzetrempels in de zorg niet.⁶⁰ Onder het Nederlandse mededingingsrecht is een concentratie pas meldingsplichtig, indien de betrokken partijen een wereldwijde omzet hebben van meer dan 113.450.000 euro, waarvan twee van deze partijen elk 30.000.000 euro in Nederland behalen.⁶¹ Voor de zorg is deze drempel echter verlaagd tot een wereldwijde omzet van minimaal 55.000.000 en een nationale omzet (voor ten minste twee ondernemingen afzonderlijk) van 10.000.000 euro; verder geldt als additionele eis dat ten minste twee ondernemingen minimaal 5.500.000 van hun omzet in de zorg behalen.⁶²

Overigens geeft de NMa ook aan dat alleen zij in de zorg bevoegd is om concentraties goed of af te keuren (en niet de NZa), maar dat de NZa haar zienswijze over een bij

haar aanhangige concentratie wel kan geven.⁶³ De NZa onderzoekt dan of de aanhangige fusie nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor de publieke zorgbelangen van betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid. Verder wordt bij zorgconcentraties ook de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten. De zienswijze van deze instantie wordt geacht betrekking te hebben op mogelijke kwaliteitseffecten van de voorgenomen fusie.⁶⁴ Naar mijn mening moet het actief betrekken door de NMa van de NZa en de IGZ in het beoordelingsproces van zorgfusies worden toegejuicht. Dit komt eenheid van het toezicht in de zorg ten goede. Verder stimuleert de NMa op deze wijze dat rekening wordt gehouden met publieke belangen. Het behoort immers tot de taak van de NZa en de IGZ om op de behartiging van deze belangen toe te zien en hierop kunnen zij de aandacht vestigen in aan de NMa uitgebrachte zienswijzen.

Verticale integratie in de zorg

De Richtsnoeren wijden enige beschouwingen aan de wijze waarop de concentraties in de zorg worden beoordeeld in het licht van het criterium van de significante belemmering van de mededinging. Hierbij worden vrijwel alleen kort de belangrijke mededingingsrechtelijke uitgangspunten voor horizontale en verticale fusies samengevat. Pas aan het einde van deze bespreking worden voorzichtig enige aan de zorg gerelateerde opmerkingen gemaakt. Gesteld wordt dat er marktafsluiting op de zorgaanbiedersmarkt kan plaatsvinden, wanneer een verzekeraar patiënten exclusief naar de 'geïntegreerde zorgaanbieder' stuurt ten nadele van andere aanbieders.⁶⁵ Het is duidelijk dat de NMa hier verwijst naar de problematiek van de verticale integratie van zorgverzekeraars met ziekenhuizen (en/of andere zorgaanbieders).

Hierom is veel te doen geweest. Naar aanleiding van het voornemen van een zorgverzekeraar om een ziekenhuis over te nemen,⁶⁶ heeft de NZa onderzoek verricht naar de wenselijkheid van een verbod op dergelijke verticale integratie in de zorg.⁶⁷ Dit onderzoek, waarin geconcludeerd werd dat de borging van publieke belangen niet in gevaar kwam door verticale integratie, heeft de minister van VWS van de het vorige kabinet ertoe gebracht te concluderen dat een dergelijk verbod niet noodzakelijk

58. Zie randnr. 28 en 29 van de Richtsnoeren over art. 102 VWEU.

59. Zie randnr. 29 van de Richtsnoeren over art. 102 VWEU.

60. Zie randnr. 115 van de Richtsnoeren.

61. Zie art. 29 Mw.

62. Zie het Besluit houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, *Stb.* 2007, 518. Uit de toelichting bij dit besluit blijkt dat, omdat de zorg een sector in transitie is, voorkomen moet worden dat concentraties de prille marktwerking in de kiem smoren. Zie *Stb.* 2007, 518, p. 5 e.v.

63. Zie randnr. 42 van de Richtsnoeren. Overigens is de procedure voor het geven van deze zienswijze nader uitgewerkt in 'Werkafspraken tussen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) met betrekking tot concentratiezaken' van februari 2008. Deze afspraken zijn te raadplegen op de volgende site: www.nza.nl/binaries/7113/10118/44855/Werkafspraken_NMa-NZa_conce1.pdf.

64. Zie randnr. 42 van de Richtsnoeren.

65. Zie randnr. 156 van de Richtsnoeren.

66. Zie bijv. *NRC Handelsblad* 19 januari 2009. Overigens heeft de NMa aangegeven bezwaren te hebben tegen deze fusie en daarom aan partijen een vergunningplicht opgelegd. Zie het Besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 6669, *Coöperatie Vlietland - Vlietland Ziekenhuis* van 18 februari 2010.

67. Dit onderzoek is als bijlage opgenomen bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689, nr. 289.

was.⁶⁸ Overigens bestond er ook twijfel of dit verbod houdbaar was in het licht van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer en van de EU-regelgeving over schadeverzekeringen.⁶⁹ Desalniettemin heeft het huidige kabinet in het regeerakkoord aangegeven de invoering van een fusieverbod tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar weer in overweging te nemen.⁷⁰ Er zijn dus nog belangrijke ontwikkelingen te verwachten op dit vlak.

In de Richtsnoeren kiest de NMa er echter uiteindelijk voor om de mededingingsrechtelijke beoordeling van geïntegreerde zorgfusies slechts voorzichtig aan te stippen en om één en ander vervolgens uit te werken in een voorbeeld dat – niet geheel toevallig – betrekking heeft op de aankoop van een ziekenhuis door een zorgverzekeraar. Al met al bevatten de Richtsnoeren niet veel aanwijzingen over de wijze waarop de concentratieregels op geïntegreerde zorgfusies moeten worden toegepast. Toekomstige besluiten van de NMa moeten meer duidelijkheid hierover geven.

Efficiëntieverweer in de zorg

Van groot belang is hetgeen de Richtsnoeren opmerken over de redenen, op grond waarvan besloten kan worden dat een zorgconcentratie met significante mededingingsbeperkingen toch geoorloofd kan zijn. In 2009 trok immers het besluit van de NMa over de Zeeuwse Ziekenhuizen veel aandacht.⁷¹ In deze zaak werd een fusie met grote impact op de concurrentie goedgekeurd. De reden voor deze goedkeuring was gelegen in de honorering van de NMa van een beroep op efficiënties.

De NMa gaat in de Richtsnoeren ook in op het efficiëntieverweer. Onder verwijzing naar de Richtsnoeren van de Commissie over horizontale fusies⁷² betoogt de NMa dat concentraties met een negatief effect op de mededinging toch kunnen worden goedgekeurd vanwege een efficiëntieverbetering, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:⁷³ (1) de verbetering in kwestie komt voldoende ten goede aan de afnemers op de relevante markten, (2) deze verbetering is een direct resultaat van de aangemelde concentratie en (3) deze verbetering moet zich daadwerkelijk voordoen, voldoende kunnen worden gedocumenteerd en, waar mogelijk, kunnen worden gekwantificeerd. Overigens valt op dat de Commissie in haar Richtsnoeren het derde vereiste anders formuleert: de Commissie benadrukt dat geverifieerd moet kunnen worden dat een efficiëntieverbetering zich daadwerkelijk voordoet. Past de NMa door minder de nadruk op de verifieerbaarheid te leggen, dit derde criterium voor efficiëntieverweer enigszins aan? Hierna

wordt op deze vraag teruggekomen. Eerst dient echter ingegaan te worden op de zaak van de Zeeuwse Ziekenhuizen.

In de Richtsnoeren zet de NMa namelijk uiteen hoe zij te werk is gegaan in deze zaak. Zij benadrukt dat er sprake was van bijzondere omstandigheden die voornamelijk bestonden uit ‘...(op termijn) niet kunnen voldoen aan een minimum kwaliteit van zorg...’.⁷⁴ Naar mijn mening komt deze omschrijving van de efficiëntieverbetering niet geheel overeen met hetgeen de NMa zelf overwogen heeft in haar besluit over de Zeeuwse Ziekenhuizen. Hier sprak zij namelijk over de noodzaak van ‘...de instandhouding van de basisziekenhuiszorg in Midden-Zeeland...’.⁷⁵ Gesteld werd dat de concentratie zou leiden tot het waarborgen van noodzakelijke basisziekenhuiszorg in deze regio, waardoor ingewikkelde medische diensten konden worden aangeboden en de kwaliteit van de dienstverlening gegarandeerd zou zijn.⁷⁶ In deze redenering werd derhalve de kwaliteit van de zorg gekoppeld aan de beschikbaarheid en betaalbaarheid van de zorg. De schaalgrootte die het resultaat van de concentratie zou zijn, maakte het mogelijk om complexe medische handelingen te verrichten (beschikbaarheid), mede omdat deze handelingen dan gefinancierd kunnen worden (betaalbaarheid), waardoor er hoogwaardige diensten konden worden aangeboden (kwaliteit van de zorg). Het is niet duidelijk waarom de NMa deze verschillende doelstellingen uit de zaak van de Zeeuwse Ziekenhuizen terugbrengt in de Richtsnoeren tot dit ene enkelvoudige doel van de kwaliteit. In ieder geval is het jammer dat dit gebeurt, omdat hierdoor een kans wordt gemist om in de Richtsnoeren een verband te leggen tussen mededinging en de drie in de inleiding genoemde (en door de overheid aanvaarde) publieke belangen van de zorg (kwaliteit, beschikbaarheid en betaalbaarheid).

In de Richtsnoeren wijdt de NMa nog meer beschouwingen aan de *Zeeuwse Ziekenhuis*-zaak. Deze hebben betrekking op het voor de toepassing van het efficiëntieverweer geldende vereiste dat de verbetering voldoende gedocumenteerd moet kunnen worden.⁷⁷ In deze zaak bestonden problemen met betrekking tot de kwantificeerbaarheid van de door de betrokken partijen gestelde voordelen. In de Richtsnoeren betoogt de NMa evenwel dat ander bewijs (dan kwantificeerbare gegevens aangeleverd door deze partijen) toegelaten werd in de *Zeeuwse Ziekenhuis*-zaak, namelijk de rapportage van de IGZ.⁷⁸ In deze rapportage werd gesteld dat zonder de fusie de kwaliteit van de Zeeuwse ziekenhuiszorg onaanvaardbaar laag zou worden, omdat bijvoorbeeld voor de noodzakelijke medische specialisatie onvoldoende personeel beschikbaar zou zijn.⁷⁹ Zoals hiervoor al opgemerkt is, werden in het NMa-besluit over de *Zeeuwse Ziekenhuis*-zaak de kwaliteitseisen in verband gebracht met de pro-

68. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689, nr. 289, p. 2 e.v.

69. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689, nr. 289, p. 4. Deze opvatting was gebaseerd op het Eindrapport van de Commissie Verticale Integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, welk rapport te raadplegen is op www.seo.nl/binaries/overig/definitief-eindrapport-commissie-verticale-integra.pdf.

70. Zie het regeerakkoord ‘Vrijheid en verantwoordelijkheid’ van 30 september 2010 tussen VVD en CDA, p. 17.

71. Zie het Besluit van de Raad van Bestuur NMa in zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren-Oosterscheldeziekenhuizen* van 25 maart 2009.

72. Zie randnr. 76-88 van de Richtsnoeren van de Commissie voor de beoordeling van horizontale fusies, Pb. EU 2004, C31/5.

73. Zie randnr. 164 van de Richtsnoeren.

74. Zie randnr. 166 van de Richtsnoeren.

75. Zie randnr. 133 van het Besluit van de NMa in zaak 6424.

76. Zie randnr. 158 van het Besluit van de NMa in zaak 6424.

77. Zie randnr. 167 onder c van de Richtsnoeren.

78. Zie randnr. 167 onder c van de Richtsnoeren.

79. Zie randnr. 44 van het Besluit van de NMa in zaak 6424.

blematiek van de beschikbaarheid en de betaalbaarheid van de zorg.

De NMa geeft in de Richtsnoeren aan dat onder meer de IGZ-rapportage ertoe leidde dat de gestelde voordelen te verifiëren waren. Hier komt de aap uit de mouw en wordt de hiervoor gestelde vraag naar de rol van het vereiste van verifieerbaarheid in het NMa-beleid beantwoord: de NMa hanteert wel degelijk de eis van verifieerbaarheid, net zoals de Commissie in haar Richtsnoeren over horizontale fusies doet. De NMa heeft dus niet willen aangeven in haar Richtsnoeren voor de zorgsector dat zij het Commissiebeleid op dit punt zou willen aanpassen (voor zorgcasus). Wat de NMa volgens mij wel op subtile wijze heeft willen communiceren door soms wel en soms niet te verwijzen naar het begrip verifieerbaarheid in de Richtsnoeren, is dat zij in de *Zeeuwse Ziekenhuis*-zaak het rapport van de IGZ⁸⁰ voldoende vond om de fusie doorgang te laten vinden,⁸¹ hoewel voor het overige hard en overtuigend bewijs voor de gestelde efficiëntieverbeteringen ontbrak. Deze conclusie wordt bevestigd door de volgende opmerkelijke discrepantie: in het besluit over de Zeeuwse Ziekenhuizen stelde de NMa zelf expliciet dat niet voldaan was aan het vereiste van verifieerbaarheid, ondanks de rapportage van de IGZ,⁸² terwijl de NMa in de Richtsnoeren op deze afwezigheid van de verifieerbaarheid niet meer ingaat. In het besluit werden de bezwaren van de NMa pas weggenomen door de remedies die de partijen aanboden en die als voorwaarden aan het besluit ter goedkeuring van de concentratie zijn verbonden, terwijl in de Richtsnoeren deze remedies slechts worden gepresenteerd als een extra zekerheid dat de voordelen zich daadwerkelijk zouden voordoen in de praktijk.

Er zijn dus een paar belangrijke verschillen tussen wat de Richtsnoeren over de Zeeuwse concentratie opmerken en de overwegingen die terug te vinden zijn in het op deze concentratie betrekking hebbende NMa-besluit zelf. Het is niet waarschijnlijk dat de NMa haar besluit over deze zaak heeft willen herinterpreteren. Wel lijken de Richtsnoeren op subtile wijze een boodschap af te geven: de zaak van de Zeeuwse ziekenhuizen was zeer uitzonderlijk en daarom zal het niet vaak gebeuren dat vergelijkbare besluiten genomen zullen worden in de toekomst. Hierdoor rijst het vermoeden dat de NMa, ook in de zorg, zeer terughoudend zal zijn met het honoreren van verweren gebaseerd op efficiëntieverbeteringen.⁸³

80. Vergelijk in dit verband ook M. Snoep, D. Schrijvershof en S. Chama-laun, 'Zorgfusies getoetst. Een juridisch perspectief', *M&M* 2009/2, p. 70 en de annotatie van P.D. van den Berg bij het NMa-besluit over de Zeeuwse ziekenhuizen in *M&M* 2009/4, p. 157.
81. Canoy en Sauter merken op dat de opvattingen van de IGZ een doorslaggevende factor in deze zaak zijn geweest. Zie M. Canoy en W. Sauter, 'Out of Control? Hospital Mergers in the Netherlands and the public interest', *European Competition Law Review* 2010, p. 382.
82. Zie randnr. 145 van het Besluit van de NMa in zaak 6424.
83. In vergelijkbare zin hebben ook bij de NMa werkzame auteurs (waaronder de Chief Economist) zich uitgelaten in dit tijdschrift. Zie M.C.W. Janssen, K. Schep en J. van Sinderen, 'Fusies van ziekenhuizen. Het beoordelingskader van de NMa', *M&M* 2009/2, p. 52.

Al met al heeft de NMa in de Richtsnoeren niet verder de relatie tussen de publieke belangen in de zorg en het efficiëntieverweer, zoals dat gevoerd kan worden in concentratiezaken, uitgewerkt,⁸⁴ ondanks dat haar eigen besluit in de zaak over de Zeeuwse Ziekenhuizen hiertoe zo'n mooie opstap vormde. Hiermee laat de NMa een kans liggen om haar licht te laten schijnen over de discussie die gevoerd is over de schaalgrootte in de zorg. Naar aanleiding van een motie uit de Tweede Kamer⁸⁵ had de Raad van Volksgezondheid geadviseerd over deze problematiek,⁸⁶ waarbij (op kritische wijze) onder andere ingegaan werd op de noodzaak van een speciale fusietoets in de zorg.⁸⁷ Vervolgens heeft de Raad van State ook zijn visie gegeven over deze kwestie.⁸⁸ Uiteindelijk heeft dit proces geleid tot de vaststelling door de minister van EZ van een beleidsregel voor zorgfusies.⁸⁹ Op grond van deze beleidsregel moet de NMa bij een marktaandeel hoger dan 35 procent van een voorgenomen concentratie naar de volgende aspecten kijken: de transparantie van kwaliteit van zorg, het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten, de mogelijkheid voor toetreding van nieuwe zorgaanbieders en de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten.⁹⁰ Verder moeten de cliëntenraad van de betrokken zorgondernemingen en in voorkomend geval ook de betrokken gemeenten geraadpleegd worden door de NMa.⁹¹ Deze voor het mededingingsrecht niet gebruikelijke eisen zijn ingegeven door de politieke wens dat concentraties niet mogen leiden tot verschraling van beschikbare zorg van hoge kwaliteit. In haar Richtsnoeren beperkt de NMa zich tot het kort vermelden van de verplichtingen die de beleidsregel haar oplegt,⁹² maar mengt zich verder niet in de breed gevoerde discussie over schaalgrootte in de zorg en de publieke belangen.

84. In de literatuur is gesuggereerd dat efficiëntieverbeteringen beter kunnen worden meegenomen in de concentratiecontrole in de zorg, indien in richtsnoeren in detail uiteengezet wordt welke voordelen worden meegenomen in de beoordeling. Zie T.W.P. van Dijk, 'Efficiëntieverbeteringen in concentratiecontrole', *M&M* 2009/2, p. 88.
85. Zie de motie van 21 november 2007 van de Kamerleden De Vries, Kant, Wiegman-van Meppelen Scheppink, Van der Veen, Van der Vlies, Schippers, Koşer Kaya, Agema en Vendrik, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XVI, nr. 84.
86. Zie het RVZ-advies, *Schaal en Zorg*, Den Haag 2008.
87. Zie het RVZ-advies, *Schaal en Zorg*, Den Haag 2008, p. 40 e.v.
88. Zie de Voorlichting van de Raad van State overeenkomst artikel 18, tweede lid 2 van de Wet op de Raad van State inzake het verzoek om voorlichting omtrent het fusietoezicht in de zorg van 17 april 2009. Dit advies is te vinden op de volgende website: <http://www.raadvanstate.nl/adviezen/>.
89. Zie de beleidsregel van de minister van Economische Zaken van 1 september 2009, nr. WJZ/9145416, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders, *Stcrt.* 2009, 13389.
90. Zie art. 2 lid 1 van de beleidsregel nr. WJZ/9145416, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders, *Stcrt.* 2009, 13389.
91. Zie art. 2 lid 2 van de beleidsregel nr. WJZ/9145416, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders, *Stcrt.* 2009, nr. 13389.
92. Zie randnr. 144 t/m 147 van de Richtsnoeren.

Kartelverbod in de Richtsnoeren

De NMa heeft de goede wijn tot het einde bewaard: het laatste gedeelte van de Richtsnoeren behandelt op uitvoerige wijze de toepassing van het kartelverbod op de zorg, waarbij de consequenties voor in de zorg veel voorkomende overeenkomsten worden uiteengezet. De NMa kon hier voortbouwen op haar uitgebreide beschikkingenpraktijk. Door deze praktijk zo uitvoerig te beschrijven en toe te lichten in haar Richtsnoeren, heeft de NMa de praktijk een grote dienst bewezen.

In de passages die het kartelverbod betreffen, wordt allereerst het algemene kader van dit verbod geschetst.⁹³ Het spreekt voor zichzelf dat de NMa aangeeft dat afspraken over prijs en marktverdeling alsmede enkele andere *hardcore*-restricties niet door de beugel kunnen.⁹⁴ In het verleden⁹⁵ heeft de NMa opgetreden tegen dergelijke restricties en bijvoorbeeld aan thuiszorgorganisaties boetes opgelegd omdat zij de markt verdeeld hadden naar type zorg.⁹⁶ Overigens bespreekt de NMa in de Richtsnoeren, om duidelijk te maken welke consequenties het algemene mededingingsrechtelijke kader heeft voor de zorgsector, kort voorbeelden die in deze sector hebben gespeeld. Zo wordt opgemerkt dat een oproep van een branchevereniging om met bepaalde zorgverzekeraars geen contracten meer te sluiten een besluit van een ondernemersvereniging (die aan het kartelverbod getoetst moet worden) kan zijn. Verder wordt aangegeven dat afspraken die gericht zijn op het bespreken van de zorgvraag van de cliënt, het delen van *best practices* of het gezamenlijk uitwerken van protocollen, niet de mededinging beperken.⁹⁷

Vervolgens wordt het beschreven algemene kader verder toegespitst door de NMa op de zorg. Anders dan bij het verbod op misbruik van een economische machtspositie en bij het concentratietoezicht, werkt de NMa de gevolgen van het kartelverbod voor de zorg nader uit. Deze werkwijze draagt, zoals reeds opgemerkt, in grote mate bij aan de bruikbaarheid van de Richtsnoeren in de praktijk.

Groepsvrijstellingen

Een belangrijke uitwerking van het kartelverbod heeft betrekking op groepsvrijstellingen. Zoals bekend zijn overeenkomsten die onder een groepsvrijstelling vallen, niet in strijd met het kartelverbod. De NMa maakt de

zorgsector duidelijk dat groepsvrijstellingen een ‘veilige haven’ kunnen bieden.⁹⁸

De eerste groepsvrijstelling die de NMa analyseert is die voor de specialisatie-overeenkomsten.⁹⁹ De NMa zet uiteen dat een belangrijk aspect voor de toepasselijkheid van deze vrijstelling is dat er leverings- en afnameverplichtingen voor de betrokken ondernemingen worden overeengekomen, omdat voorkomen moet worden dat specialiserende ondernemingen de desbetreffende markt verlaten.¹⁰⁰ Vervolgens stelt de NMa vast dat specialisatieovereenkomsten die in de zorg gesloten worden, vaak niet aan deze voorwaarde voldoen. In de praktijk leidt een specialisatieovereenkomst in de zorg ertoe dat een of meer specialiserende ondernemingen de markt verlaten zonder dat er de noodzakelijke leverings- en afnameverplichtingen in het leven zijn geroepen.¹⁰¹ Vervolgens zet de NMa uiteen hoe in de zorg de specialisatieovereenkomsten moeten worden aangepast om te kunnen profiteren van de groepsvrijstelling. Door deze uiteenzetting bevordert de NMa de totstandkoming van rechtmatige specialisatieovereenkomsten in de zorg. Dit heeft een gunstig effect op de realisering van de publieke belangen in de zorg omdat specialisatie, zoals de NMa zelf opmerkt, kan leiden tot een toename van de kwaliteit in de zorg.¹⁰²

Ook het belang voor de zorg van de groepsvrijstellingen voor Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten¹⁰³ en voor Verticale overeenkomsten¹⁰⁴ heeft de NMa uiteengezet.¹⁰⁵ Deze beschrijving is overigens iets algemener van aard dan de bespreking van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten. Gezien met name het belang van verticale overeenkomsten voor de zorg – het tot volle wasdom komen van de zorginkoopmarkt tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders is immers van groot belang in het Nederlandse, op de markt georiënteerde, zorgstelsel –¹⁰⁶ zou een wat meer uitgebreide beschrijving wenselijk zijn geweest. Overigens heeft de NZa in een visiedocument haar opvattingen over de toepassing van mededingingsregels op inkoopactiviteiten in de zorg ook uiteengezet. Hierin wordt bijvoorbeeld aangegeven dat het mededingingsrecht in principe positief staat tegenover inkoopmacht aan de zijde van zorgverzeke-

93. Zie randnr. 180 t/m 231 van de Richtsnoeren.

94. Zie bijv. randnr. 190 van de Richtsnoeren.

95. Vanaf de eerste jaren van haar bestaan heeft de NMa in haar besluitpraktijk aangegeven dat *hardcore*-restricties ook in de zorg niet zijn toegestaan. Zie voor een bespreking van deze ‘oude’ praktijk onder meer: S.M. Evers en I.J. van den Berghe, ‘Mededingingsrechtelijke ontwikkelingen in de gezondheidszorg’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, p. 149 e.v. en J.W. van de Gronden, ‘Mededingingsrecht en de gezondheidszorg’, *M&M* 2001/8, p. 268 e.v.

96. Zie het Besluit van de RvB NMa in zaak 5851, *Thuiszorg ‘t Gooi* van 19 september 2008 en het Besluit van de RvB NMa in zaak 6108, *Kennemerland* van 19 september 2008.

97. Zie randnr. 189 van de Richtsnoeren.

98. Zie randnr. 205 van de Richtsnoeren.

99. Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. EG 2000, L304/3. Zoals bekend werken de Europese groepsvrijstellingen automatisch door in het Nederlandse mededingingsrecht op grond van art. 12 en 13 Mw.

100. Zie randnr. 210 van de Richtsnoeren.

101. Zie randnr. 211 van de Richtsnoeren.

102. Zie randnr. 212 van de Richtsnoeren.

103. Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. EG 2000, L 304/7.

104. Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 1999, L 336/21.

105. Zie randnr. 217 t/m 223 van de Richtsnoeren.

106. Dit belang werd onder meer onderstreept in de memorie van toelichting bij de toenmalige ontwerp-Zorgverzekeringswet. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 9.

raars, indien de voordelen die behaald worden door deze inkoopmacht worden doorgegeven aan de consument.¹⁰⁷ Hoewel de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten niet alleen op goederen maar ook op diensten van toepassing is, is deze vrijstelling vooral opgezet vanuit de logica van de distributie van goederen, nu gesproken wordt van bijvoorbeeld ‘...een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen...’ en van ‘...actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelsniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel...’. Aangezien in de zorg vooral diensten worden aangeboden, was een vertaalslag van de criteria van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten naar (zorg)diensten geen overbodige luxe geweest. De in de Richtsnoeren aangehaalde voorbeelden¹⁰⁸ over de distributie van geneesmiddelen zijn instructief maar onderstrepen de stelling dat de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten primair opgezet is met het oog op goederen. De NMa heeft echter een nieuwe kans om meer duidelijkheid te bieden over verticale overeenkomsten en (zorg)diensten. Op 1 juni 2010 is immers de nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in werking getreden.¹⁰⁹ Terwijl zij mede acht slaat op de daarbij behorende richtsnoeren voor verticale beperkingen,¹¹⁰ zou de NMa de Richtsnoeren voor de zorgsector kunnen actualiseren en daarbij meer aandacht besteden aan de plaats die diensten innemen in deze problematiek.

Wettelijke uitzonderingsgrond

De NMa wijst erop dat kartels krachtens artikel 6 lid 3 Mw buiten de reikwijdte van het kartelverbod kunnen vallen, mits zij voldoen aan de in deze bepaling vastgelegde vereisten.¹¹¹ Opvallend genoeg maakt de NMa geen melding van artikel 101 lid 3 VWEU, welke bepaling zij moet toepassen op kartels in de zorg met een effect op de tussenstaatse handel. Aangenomen moet echter worden dat haar zorgbeleid met betrekking tot deze verdragsbepaling niet afwijkt van hetgeen zij in de Richtsnoeren gesteld heeft over artikel 6 lid 3 Mw.

De NMa biedt weinig inzicht in hoe zij de wettelijke uitzonderingsgrond wil toepassen op zorgovereenkomsten. Als uitgangspunt hanteert zij dat deze uitzonderingsgrond alleen opgaat, indien er een duidelijk

voordeel is voor ‘...de economie en de cliënt...’.¹¹² Hiermee sluit zij aan bij de opvatting van de Commissie, zoals vastgelegd in haar Richtsnoeren over artikel 81 lid 3 EG-Verdrag (thans art. 101 lid 3 VWEU), dat de wettelijke uitzonderingsgrond vooral betrekking heeft op efficiëntieverbeteringen¹¹³ en dat andere belangen dan mededinging alleen indirect (voor zover zij bijdragen aan de realisering van economische voordelen) een rol kunnen spelen.¹¹⁴ Toch is niet duidelijk hoe strikt de Commissie op dit punt is, nu zij ook accepteert dat een mededingingsbeperkende overeenkomst die met het oog op een publiek belang als bescherming van het milieu tot stand gekomen is, gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 101 lid 3 VWEU.¹¹⁵

Gelukkig blijft de NMa niet geheel afzijdig in de discussie over de verhouding tussen de wettelijke uitzonderingsgrond en publieke belangen. Zij geeft aan dat onder economisch voordeel ook kwaliteitsverbeteringen in de zorg kunnen vallen.¹¹⁶ Dit wordt niet verder uitgewerkt in specifiek op de zorg toegespitste criteria. Wel geeft de NMa in een voorbeeld¹¹⁷ aan dat een afspraak tussen vijf ziekenhuizen om bepaalde specialistische zorg alleen nog door twee van hen te laten aanbieden, onder artikel 6 lid 3 Mededingingswet kan vallen. Het is duidelijk dat dergelijke afspraken een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de kwaliteit van de zorg en daarmee aan de realisering van de publieke belangen in de zorg. Helaas blijft onduidelijk welke rol de andere publieke zorgbelangen (betaalbaarheid en beschikbaarheid van de zorg) kunnen spelen volgens de NMa in het kader van artikel 6 lid 3 Mededingingswet (en van art. 101 lid 3 VWEU). Nu partijen zelf moeten inschatten of op deze bepaling een beroep gedaan kan worden, moet ervan uitgegaan worden dat de behoefte aan deze duidelijkheid groot is.

Samenwerkingsvormen

De Richtsnoeren gaan uitgebreid in op de verschillende zorgovereenkomsten die in de praktijk gesloten worden. Op dit punt hebben de Richtsnoeren een grote toegevoegde waarde, omdat zij vrij nauwkeurig aangeven in welke gevallen dergelijke overeenkomsten geacht worden de concurrentie te beperken. Van grote praktische waarde is bijvoorbeeld de waarschuwing dat niet alle maatschappen als één onderneming kunnen worden beschouwd en dat derhalve afspraken in maatschappen,

107. Zie Visiedocument ‘Inkoopmacht en collectief onderhandelen. De verhoudingen op de zorginkoopmarkt’, van de NZa, p. 11. Dit document is te raadplegen op de volgende internetsite: www.nza.nl/104107/105767/Visiedocument_Inkoopmacht_en_collectief_onderhandelen.pdf.

108. Zie voorbeelden 12 en 13 van de Richtsnoeren.

109. Zie Verordening (EG) nr. 330/2010 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EU 2010, L 102/1.

110. Pb. EU 2010, C130/1.

111. Zoals bekend moet aangetoond worden dat (1) het kartel in kwestie een bijdrage levert aan de verbetering van de productie, distributie of innovatie, (2) de voordelen ervan ook ten goede komen aan de afnemers (3) de beperkingen onmisbaar zijn en (4) er voldoende restconcurrentie overblijft.

112. Zie randnr. 226 van de Richtsnoeren.

113. Zie bijv. randnr. 43 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (thans art. 101 lid 3 VWEU) van de Commissie, Pb. EU 2004, C101/97.

114. Zie randnr. 42 van de Richtsnoeren van de Commissie over artikel 81 lid 3 EG-Verdrag (thans art. 101 lid 3 VWEU).

115. Zie bijv. Beschikking 2000/475 van de Commissie in zaak IV.F. 1/36.718, CECED, Pb. EG 2000, L 187/47. Vergelijk in dit verband ook randnr. 192 e.v. van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EG 2001, C3/2 en randnr. 300 e.v. van de concept-Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale overeenkomsten (te raadplegen op de volgende website: ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_nl.pdf).

116. Zie randnr. 226 van de Richtsnoeren.

117. Dit is vb. 14 in de Richtsnoeren.

waarin de maten grote commerciële vrijheid hebben, wel degelijk onder het kartelverbod kunnen vallen.¹¹⁸ Een ander nuttig voorbeeld in dit verband is die van de zorgmakelaar. Deze kan worden ingeschakeld zolang er maar geen collectieve afstemming van de prijzen of van andere belangrijke concurrentieparameters plaatsvindt.¹¹⁹

In de Richtsnoeren passeert een groot aantal samenwerkingsvormen de revue. Aangegeven wordt bijvoorbeeld dat gemeenschappelijke inkoop geoorloofd is, zolang er geen sprake is van marktmacht die tot uitsluitingseffecten leidt.¹²⁰ Dit is belangrijke informatie voor de zorgsector, omdat gezamenlijk optreden op de zorginkoopmarkt relatief vaak voorkomt.

Een ander belangrijk fenomeen in de zorgsector zijn afspraken die zorgverzekeraars maken over het gezamenlijk preferentiebeleid. Twee of meer zorgverzekeraars spreken dan af om een gezamenlijke procedure te hanteren bij het selecteren van geneesmiddelen.¹²¹ Dit is een actueel thema omdat het nieuwe kabinet aangegeven heeft het preferentiebeleid bij geneesmiddelen te stimuleren om zo de geneesmiddelenkosten in de hand te houden.¹²² Omdat dergelijke afspraken niet als doel de beperking van de mededinging maar juist (in veel gevallen) het bevorderen van prijsconcurrentie nastreven, is er vaak geen mededingingsrechtelijk probleem. De NMa zet echter uiteen wanneer zo'n probleem zich wel zou kunnen voordoen, bijvoorbeeld indien de kosten van de geneesmiddelenafname voor zorgverzekeraars worden geharmoniseerd en zorgverzekeraars zich niet meer kunnen onderscheiden ten opzichte van verzekerden ten aanzien van de te vergoeden geneesmiddelenkosten.¹²³

Een cruciale rol in de zorg speelt waarneming. De NMa geeft aan dat afspraken hierover in het algemeen geen mededingingsproblemen opleveren en benadrukt daarbij dat waarneming noodzakelijk is om de continuïteit van de zorgverlening te waarborgen.¹²⁴ Waarneming is een belangrijk middel om het publieke belang van de beschikbaarheid van de zorg te garanderen. Het wekt dan ook geen verwondering dat de NMa afspraken hierover geoorloofd acht, mits de betrokken ondernemingen niet zo'n sterk 'waarnemingsblok' creëren dat derden worden uitgesloten.¹²⁵ Wat opvalt, is dat de NMa in wezen zegt dat afspraken over waarneming geoorloofd zijn, indien deze hun rechtvaardiging vinden in de doelstelling van de beschikbaarheid van de zorg en voor zover zij niet verder gaan dan noodzakelijk is. Deze redenering vertoont grote gelijkenissen met een benadering die het Hof van Justitie in de zaken *Wouters*¹²⁶ en

*Meca-Medina*¹²⁷ (welke zaken overigens geen betrekking hadden op de zorg) heeft ontwikkeld. In deze zaken heeft het Hof van Justitie geconcludeerd dat vanwege een specifieke (legitieme) doelstelling in een bepaalde sector artikel 101 lid 1 VWEU (toen nog art. 81 lid 1 EG-Verdrag) niet geschonden was. Hierna wordt op deze twee zaken teruggekomen.

Al met al bevatten de Richtsnoeren instructieve en waardevolle en voor de praktijk uitermate nuttige aanwijzingen over de al dan niet geoorloofdheid van zorgsamenwerkingsvormen in het licht van het kartelverbod. De analyses uitgevoerd door de NMa ten aanzien van twee van deze samenwerkingsvormen trekken evenwel bijzondere aandacht en verdienen daarom nadere beschouwing. Het betreft hier de 'kwaliteitsafspraken' en de 'ketenzorg'. Op deze beide vormen wordt hierna ingegaan.

Samenwerkingsvormen: afspraken over kwaliteit

Van groot belang is hetgeen de Richtsnoeren opmerken over afspraken over de kwaliteit van de in de zorg aangeboden diensten en goederen. Hierna worden onder meer verstaan afspraken over nascholing, intercollegiale toetsing, technische aspecten van automatisering en objectieve (minimum)kwaliteitseisen, vaak vastgelegd in protocollen en standaarden.¹²⁸ Dergelijke afspraken worden geoorloofd geacht, voor zover zij alleen gericht zijn op het verhogen van het kwaliteitsniveau van deze diensten en zo lang deze afspraken gebaseerd zijn op objectieve en transparante criteria.¹²⁹ De opvatting van de NMa is dat dergelijke afspraken geen concurrentiebeperkingen opleveren. Uiteraard wordt gewaarschuwd dat bepaalde onderdelen uit de afspraak die niet kwaliteitsverbetering tot voorwerp hebben, apart getoetst moeten worden aan het kartelverbod.¹³⁰ Ook in haar visiedocument over collectief onderhandelen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars heeft de NMa een positieve houding ten aanzien van kwaliteitsovereenkomsten laten zien door te betogen dat in beginsel collectief onderhandelen tussen extramurale zorgaanbieders over de medische kwaliteit van verrichtingen geoorloofd is.¹³¹

De benadering van de NMa met betrekking tot zorgovereenkomsten over kwaliteit lijkt soepeler dan het algemene standpunt dat zij inneemt ten aanzien van kwaliteitsafspraken. In de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen¹³² besteedt de NMa ook aandacht aan dergelijke afspraken. Hier stelt zij bijvoorbeeld dat erkenningsregelingen, waarin ondernemingen worden getoetst aan kwalitatieve criteria, in beginsel positief

118. Zie randnr. 240 t/m 242 van de Richtsnoeren.

119. Zie randnr. 251 t/m 255 van de Richtsnoeren.

120. Zie randnr. 282 van de Richtsnoeren.

121. Zie randnr. 284 van de Richtsnoeren.

122. Zie het regeerakkoord 'Vrijheid en verantwoordelijkheid' van 30 september 2010 tussen VVD en CDA, p. 17 en 18.

123. Zie randnr. 286 van de Richtsnoeren.

124. Zie randnr. 289 van de Richtsnoeren.

125. Zie randnr. 291 van de Richtsnoeren.

126. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577.

127. HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04P, *Meca-Medina*, Jur. 2006, p. I-6991.

128. Zie randnr. 273 van de Richtsnoeren.

129. Zie randnr. 273 van de Richtsnoeren.

130. Zie randnr. 274-278 van de Richtsnoeren.

131. Zie het Visiedocument 'Individueel en collectief onderhandelen tussen vrijgevestigde extramurale zorgaanbieders en zorgverzekeraars', van de NMa, p. 5. Dit document is te raadplegen op de volgende internetsite: www.nmanet.nl/Images/Rapport%20Inkoopmacht%20Ziektkostenverzekeraars_tcm16-134409.pdf.

132. Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven van 6 mei 2008, te raadplegen op de volgende internetsite: www.nmanet.nl/Images/Richtsnoeren%20Samenwerking%20Ondernemingen_april%202008_tcm16-75276.pdf.

beoordeeld worden,¹³³ maar dat desalniettemin de concrete effecten geanalyseerd moeten worden om vast te stellen of er zich eventueel een concurrentiebeperkend gevolg voordoet.¹³⁴ Als voorbeeld van dergelijke gevolgen worden genoemd uitsluitingseffecten.¹³⁵ Ook de Commissie ziet bij afspraken over kwaliteit – in de context van standaardiseringsovereenkomsten – het mogelijke gevaar dat de toetreding tot de markt wordt belemmerd.¹³⁶ Bij de zorg echter wijst de NMa niet op het probleem van eventuele mededingingsbeperkende gevolgen van een afspraak over de kwaliteit. Uiteraard kunnen dergelijke gevolgen zich wel voordoen bij zorgovereenkomsten, maar door hier niet expliciet de aandacht op te vestigen, lijkt de NMa te willen zeggen dat zorgafspraken over de kwaliteit niet snel geacht worden mededingingsbeperkende effecten te hebben.

De NMa geeft (impliciet) aan ruimte te willen geven aan kwaliteitsafspraken in de zorg. Nu de kwaliteit van de zorgverlening een belangrijk publiek belang is, draagt de NMa bij aan de realisering van dit belang. Wel had de NMa nog meer duidelijkheid kunnen bieden door uiteen te zetten in hoeverre een afspraak over de kwaliteit van de zorg onder artikel 6 lid 3 Mw (en daarmee ook onder art. 101 lid 3 VWEU) zou kunnen vallen. Met andere woorden: welke plaats komt aan het publieke belang van de zorgkwaliteit toe in de context van de wettelijke uitzonderingsgrond? Op deze vraag blijft de NMa het antwoord schuldig.

Verder moet nog op het volgende worden gewezen. Naar mijn mening hangen afspraken over deontologie (professionele ethiek) nauw samen met de kwestie van kwaliteit. De naleving van deontologische eisen draagt immers bij aan een hoge kwaliteit van de dienstverlening. Zoals bekend, heeft het Hof van Justitie in de zaak *Wouters* (reeds aangehaald) geaccepteerd dat juridische vrije beroepen (advocaten) afspraken over deontologie mogen maken, indien deze niet verder gaan dan noodzakelijk is. In de zaak *Meca-Medina* (ook reeds aangehaald), die geen betrekking had op de problematiek van de deontologie maar ging over antidopingregelgeving in de sport, heeft het Hof van Justitie zelfs geoordeeld dat (voor zover zij niet verder gaat dan noodzakelijk is) deze regelgeving geoorloofd is ‘...aangezien zij haar rechtvaardiging vindt in een legitiem doel...’ (te weten het goede verloop van sportwedstrijden en de gezondheid van atleten).¹³⁷ Opmerkelijk genoeg gaat de NMa in haar Richtsnoeren voor de zorgsector in zijn geheel niet in op deze twee arresten, terwijl hiervoor wel aanleiding was bij bijvoorbeeld (zoals hiervoor is aangegeven) de beschouwingen over waarneming. Desalniettemin heeft het Hof van Justitie met *Wouters* en *Meca-Medina* een kader gegeven om publieke belangen een plaats te geven

bij de toepassing van het kartelverbod.¹³⁸ Aan het begin van haar Richtsnoeren benadrukt de NMa dat de context deels bepaalt of er sprake is van een verboden concurrentiebelemmering.¹³⁹ Welnu, *Wouters* en *Meca-Medina* maken duidelijk dat tot deze context ook legitieme doelstellingen – of anders gezegd: publieke belangen – behoren.¹⁴⁰ Nu in de zorg deze belangen een prominente rol spelen, was een uitwerking van de arresten *Wouters* en *Meca-Medina* op zijn plaats geweest.

Ketenzorg

Een belangrijke samenwerkingsvorm die de NMa onderscheidt, is de ketenzorg. Hieronder wordt multidisciplinaire zorg verstaan, waarbij verschillende zorgaanbieders die in verschillende stadia van de zorg werkzaam zijn, een geïntegreerd product aanbieden, zoals de behandeling van diabetes.¹⁴¹ In beginsel zijn deze zorgaanbieders geen concurrenten van elkaar.¹⁴² In de literatuur¹⁴³ is erop gewezen dat het mededingingsrecht in beginsel niet in de weg staat aan ketenzorg en dat een mededingingsrechtelijke beoordeling ervan verlangt dat nauwkeurig naar de economische context van de zorg gekeken¹⁴⁴ wordt. Wat is de opvatting van de NMa over ketenzorg?

De NMa constateert dat in een aantal gevallen de zorggroepen, die deze ketenzorg vaak aanbieden, zulke nauwe banden aangaan dat er geen sprake meer is van samenwerking tussen zelfstandige aanbieders maar de vorming van één onderneming. In dat geval vindt er een concentratie plaats en dient deze concentratie bij de NMa te worden aangemeld.¹⁴⁵ Wanneer de zorgaanbieders hun zelfstandigheid behouden, moet de samenwerking aan het kartelverbod worden getoetst. Indien binnen de keten de zorgaanbieders niet elkaars concurrenten zijn, ziet de NMa geen grote mededingingsrechtelijke bezwaren, tenzij het marktaandeel van betrokken partijen zo groot is dat er zich uitsluitingseffecten voordoen.¹⁴⁶ Voorts wordt erop gewezen dat ketenzorg zou kunnen profiteren van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. Hieraan wordt toegevoegd dat het naast elkaar bestaan van parallelle zorgketens kan leiden tot een cumulatief effect, hetgeen weer kan resulteren in marktafsluiting.¹⁴⁷ In dat geval zou de NMa gebruik

133. Zie randnr. 81 van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven.

134. Zie randnr. 84 van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven.

135. Zie randnr. 86 van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven.

136. Zie randnr. 168 van de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EG 2001, C3/2.

137. Zie r.o. 45 van het arrest *Meca-Medina*.

138. Vergelijk in dit verband ook C. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford 2009, p. 130-132.

139. Zie randnr. 45 van de Richtsnoeren.

140. Zie in dit verband ook J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 747 e.v.

141. Zie randnr. 302 van de Richtsnoeren.

142. Zie randnr. 301 van de Richtsnoeren.

143. Zie B.M.M. Reuder, G. Tezel en I.W. VerLoren van Themaat, ‘De beoordeling van samenwerkingsvormen in de zorg onder artikel 6 Mw’, *M&M* 2009/2, p. 89-96.

144. Zie in dit verband ook Cbb 6 oktober 2008, *Nederlands Instituut voor Psychologen e.a./RvB NMa*, LJN BF8820 en Rb. Rotterdam 17 juli 2006, *Nederlands Instituut voor Psychologen e.a./RvB NMa*, LJN AY4928.

145. Zie randnr. 305 van de Richtsnoeren.

146. Zie randnr. 306 en 307 van de Richtsnoeren.

147. Zie randnr. 309-311 van de Richtsnoeren.

kunnen maken van haar bevoegdheid om de groepsvrijstelling in te trekken.¹⁴⁸

In het begin van de Richtsnoeren heeft de NMa aangegeven dat de opkomst van dit fenomeen een van de redenen was om de Richtsnoeren te actualiseren.¹⁴⁹ Toch is uiteindelijk de bespreking van de mededingingsrechtelijke consequenties voor de ketenzorg vrij beknopt. Voor deze problematiek zijn daarom de Richtsnoeren Zorggroepen (reeds aangehaald in de inleiding van de onderhavige bijdrage), die de NMa samen met de NZa publiceerde, van groter belang. In dit gemeenschappelijk 'toezichtsproduct' wordt bijvoorbeeld aangegeven hoe de verschillende markten, waarop zorggroepen opereren, moeten worden afgebakend. Daarbij wordt aangegeven dat er een markt is waarop de zorgverzekeraar als inkoper van diensten van de zorggroep optreedt en een markt, waarop zorggroepen op hun beurt weer diensten afnemen van individuele zorgaanbieders zoals huisartsen en verpleegkundigen.¹⁵⁰ Vervolgens wordt vrij nauwkeurig uiteengezet hoe de verschillende relevante markten eruit zien: per chronische ziekte is er een relevante productmarkt (diabeteszorg, COPD enz.)¹⁵¹ en de geografische reikwijdte hiervan is waarschijnlijk lokaal of regionaal.¹⁵² Ook wordt aangegeven dat afspraken over de kwaliteit tussen de deelnemers in een zorggroep (waarin zelfstandige zorgaanbieders samenwerken) in het algemeen niet als mededingingsbeperkend worden gezien, indien zij op objectieve en transparante wijze zijn vormgegeven.¹⁵³ In het algemeen worden daarom afspraken over landelijke standaarden, protocollen, nascholing en bijscholing alsmede over het registreren van kwaliteit als geoorloofd beschouwd. Vanzelfsprekend wijst de NMa er met klem op dat afspraken over prijs en marktverdeling niet door de beugel kunnen.¹⁵⁴

In de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa wordt aardig wat durf aan de dag gelegd, waardoor voor de marktdeelnemers in de zorg de nodige duidelijkheid wordt gecreëerd,¹⁵⁵ terwijl de NZa haar beleid voor ketenzorg nog verder uitgewerkt heeft in een lijvige

Uitvoeringstoets.¹⁵⁶ De durf die spreekt uit de Richtsnoeren Zorggroepen is niet alleen gelegen in de inhoud ervan, maar houdt ook verband met het institutionele kader: bij mijn weten is het de eerste keer dat de NMa en de NZa gezamenlijk beleidsregels vaststellen. Dit gezamenlijk optreden leidt uiteindelijk tot een geïntegreerd mededingingsrechtelijk kader voor het fenomeen zorggroepen, hetgeen de coherente toepassing van de mededingingsregels in de zorgsector ten goed komt. In het licht hiervan is de toegevoegde waarde van hetgeen in de Richtsnoeren voor de zorgsector wordt opgemerkt over de problematiek van de ketenzorg en de zorggroepen, beperkt.

Diensten van algemeen economisch belang in de zorg

Een belangrijke plaats bij de discussie over publieke belangen en het mededingingsrecht komt toe aan de Diensten van algemeen economisch belang en daarom wordt hierna in de onderhavige bijdrage aan deze diensten apart aandacht besteed. Het Werkingsverdrag erkent in artikel 106 lid 2 VWEU dat de noodzaak om dergelijke diensten aan te bieden een reden kan zijn om de concurrentie (enigszins) te beperken. De prominente plaats van deze diensten in het EU-recht wordt onderstreept door artikel 14 VWEU, dat de EU en haar Lidstaten verplicht zorg te dragen voor het goede functioneren ervan. De Uniewetgever krijgt in deze verdragsbepaling zelfs de bevoegdheid om verordeningen met betrekking tot Diensten van algemeen economisch belang vast te stellen. Tevens is aan het verdrag van Lissabon een Protocol over deze kwestie gehecht,¹⁵⁷ waarin belangrijke principes zijn vastgelegd.¹⁵⁸

Gezien de publieke belangen die in de zorg spelen, is het concept Dienst van algemeen economisch belang ook zeer relevant voor deze sector.¹⁵⁹ Dit blijkt alleen al uit de beslissing van Hof van Justitie in de zaak *Ambulanz Glöckner* dat Ambulanceactiviteiten zoals die aangeboden werden in Duitsland, beschouwd dienden te worden als diensten in de zin van artikel 106 lid 2 VWEU.¹⁶⁰ Het Hof van Justitie accepteerde in deze zaak dat de betrokken ondernemingen met een speciale taak hun macht van de markt van ambulancevervoer in spoedeisende gevallen mochten uitbreiden naar de markt van regulier ambulancevervoer. Op deze wijze

148. Dit vloeide voort uit het oude art. 6 van Verordening (EG) nr. 2790/1999, welke vervallen is en uit het huidige art. 6 van Verordening (EG) nr. 330/2010 die thans de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten bevat. Zie ook art. 29 lid 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 en art. 89a Mededingingswet.

149. Zie bijv. randnr. 4 en randnr. 23 van de Richtsnoeren.

150. Zie randnr. 32 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

151. Zie randnr. 47 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

152. Zie randnr. 43 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

153. Zie randnr. 80 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

154. Zie randnr. 82 t/m 84 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

155. Wel bevatten deze richtsnoeren de 'caveat' dat uiteindelijk in concrete besluiten de relevante markten 'definitief' worden gedefinieerd. Zie randnr. 55 van de Richtsnoeren Zorggroepen van de NMa en de NZa.

156. Zie de 'Uitvoeringstoets Mededingingsanalyse zorggroepen. Samenwerken en concurreren in ketenzorg' van de NZa van juli 2010. Dit document is te raadplegen op de volgende website: www.nza.nl/104107/105832/139003/Uitvoeringstoets_mededingingsanalyse_zorggroepen.pdf.

157. Pb. EU 2007, C306/158.

158. Zie hierover F. Amtenbrink en J.W. van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt', *SEW* 2008, p. 326 en 327.

159. Zie bijv. W. Sauter, 'Services of general economic interest and universal service in EU law', *European Law Review* 2008, p. 192 en 193.

160. HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, p. I-8089.

werd gewaarborgd dat het financieel mogelijk was dat zowel dichtbevolkte gebieden als dunbevolkte gebieden dag en nacht toegang hadden tot deze essentiële medische dienst.¹⁶¹ Door deze mededingingsbeperking kon ambulancevervoer tegen economisch aanvaardbare omstandigheden worden aangeboden. In de zaak *Ambulanz Glöckner* stond de bereikbaarheid en beschikbaarheid van de zorg centraal: verzekerd diende immers te zijn dat eenieder toegang had tot de essentiële zorgdienst van ambulancevervoer. Het concept Dienst van Algemeen Economisch Belang biedt met andere woorden goede handvatten om rekening te houden met de publieke belangen in de zorg.

Hoewel de Mededingingswet in artikel 11 voor kartels, in artikel 25 voor machtsposities en in artikel 41 lid 3 voor concentraties de importantie van Diensten van algemeen economisch belang erkent, besteedt de NMa echter maar summier aandacht aan deze diensten in de Richtsnoeren. Over deze problematiek zijn enkel een aantal korte beschouwingen die betrekking hebben op artikel 11 en artikel 41 lid 3 gewijd. Een bespreking van de rol van Diensten van algemeen economisch belang voor machtsposities schittert door afwezigheid. Dit is om twee redenen eigenaardig. In de eerste plaats waren bij een relatief groot aantal Europeesrechtelijke zaken over Diensten van algemeen economisch belang dominante ondernemingen betrokken.¹⁶² In de tweede plaats is artikel 25 Mededingingswet vormgegeven als een ontheffingsmogelijkheid op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie (en niet als een vrijstelling zoals wel in het Verdrag op de Werking van de Europese Unie het geval is). Ondernemingen die met het oog op de hun toevertrouwde speciale taak een inbreuk zouden moeten maken op dit verbod, dienen daartoe eerst een ontheffingsverzoek bij de NMa in te dienen. Het had in de rede gelegen dat de NMa zou hebben aangegeven hoe zij van deze bevoegdheid gebruik zou maken in de zorg. Een probleem met de ontheffingsfiguur van artikel 25 is uiteraard dat ondernemingen van tevoren al min of meer toegeven dat hun gedragingen een misbruikelijk karakter zouden kunnen hebben (en dat zij daarom met het oog op de speciale taak die zij hebben naar de NMa stappen). Het hoeft geen betoog dat de stimulans om een ontheffing aan te vragen op grond van deze bepaling gering is. Voor de zorg had aan dit probleem kunnen worden tegemoet gekomen door in de Richtsnoeren vast te leggen onder welke omstandigheden een ontheffingsaanvraag kansrijk zou zijn geweest. Nu laat de NMa na om aan deze kwestie zelfs maar één woord te wijden.

In haar Richtsnoeren bespreekt de NMa wel de verhouding tussen Diensten van algemeen economisch belang en het concentratietoezicht. Opvallend is dat hierbij met name de nadruk op het restrictieve karakter van artikel 41 lid 3 Mededingingswet wordt gelegd. De bepaling

moet beperkt worden uitgelegd volgens de NMa, omdat uit het Europees recht volgt dat mededingingsbeperkingen niet verder mogen dan nodig is voor de vervulling van de opgedragen taak.¹⁶³ Naar mijn mening is het de vraag of de 'sleutel', waarin de NMa de Diensten van algemeen economisch belang plaatst, helemaal recht doet aan de jurisprudentiële ontwikkelingen op EU-niveau. Uit het arrest *Corbeau* van het Hof van Justitie volgt namelijk dat zodra het uitvoeren van de opgedragen taak niet meer onder economische aanvaardbare omstandigheden kan geschieden, voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel en een succesvol beroep op artikel 106 lid 2 VWEU geëigend is.¹⁶⁴ In de literatuur wordt dit criterium van de economische aanvaardbare omstandigheden gezien als een soepele toepassing van het proportionaliteitsbeginsel.¹⁶⁵ Niet duidelijk is waarom de NMa niet ingaat op de consequenties van het bekende 'Corbeau-criterium' voor de zorg.

Een andere kwestie is die van het belasten van de Dienst van algemeen economisch belang. Hoewel de voorkeur uitgaat naar een expliciete taakbelasting door de overheid, erkent de NMa, zij het in een voetnoot,¹⁶⁶ dat in bijzondere gevallen een Dienst van algemeen economisch belang afgeleid kan worden uit '...een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten...'. Het opmerkelijke is nu dat dit 'impliciet afleiden' vooral op EU-niveau heeft plaatsgevonden in zaken betreffende de zorg.¹⁶⁷ (Deze zaken speelden overigens op het terrein van staatssteun, dat echter als onderdeel van het Europees mededingingsrecht moet worden beschouwd.) Het gaat hier zowel om het *BUPA*-arrest van het Gerecht¹⁶⁸ als om de (reeds aangehaalde) beschikking van de Commissie¹⁶⁹ over het Nederlandse zorgstelsel¹⁷⁰ en de Beschikking van de Commissie over ziekenhuizen in Brussel.¹⁷¹ In haar beschikking heeft de Commissie zelfs beslist dat de Nederlandse zorgverzekeraars belast zijn met een taak van algemeen economisch belang (aanbieden van de basiszorgverzekering). Met deze taak moet de NMa rekening houden bij het beoordelen van

161. Zie r.o. 61 en 62 van het arrest *Ambulanz Glöckner*.

162. Zo speelden ondernemingen met een dominante positie een belangrijke rol in HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-320/90, *Corbeau*, Jur. 1993, waarin het Hof inging op het proportionaliteitsbeginsel in relatie tot art. 106 lid 2 VWEU, en in de reeds aangehaalde zaak *Ambulanz Glöckner*.

163. Zie m.n. randnr. 175 en 177 van de Richtsnoeren.

164. Zie r.o. 16 van HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-320/90, *Corbeau*, Jur. 1993, p. I-2533.

165. Zie bijv. J. Baquero Cruz, 'Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law', in: G. de Búrca (red.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, p. 193-198 en H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen protectie en concurrentie*, Deventer: Kluwer 1998, p. 51 en 52.

166. Zie voetnoot 128 van de Richtsnoeren.

167. Zie ook W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008/1, p. 8.

168. Zie GvEA 4 maart 2005, zaak T-289/03, *British United Provident Association*, Jur. 2008, p. II-81.

169. Zie Beschikking van de Commissie betreffende de steunmaatregelen nr. N541/2004 en N542/2004 – C(2005) 1329 fin.

170. Zie J.W. van de Gronden, 'Financing Health Care in EU Law: Do the European State Aid Rules Write Out an Effective Prescription for Integrating Competition Law with Health Care?', *The Competition Law Review* 2009-2010, p. 15.

171. Zie de Beschikking van de Commissie van 28 december 2009 in zaak C(2009) 8120 definitief, Financiering van openbare ziekenhuizen van het IRIS-netwerk van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Tegen deze beschikking is beroep aangetekend bij het Gerecht (zie Pb. EU 2010, C148/38).

fusies, waarbij zorgverzekeraars betrokken zijn. Aan de verhouding tussen kartels en Diensten van algemeen belang, zoals geregeld in artikel 11 Mw, wijdt de NMa ook slechts enkele woorden. Opvallend is dat hier, anders dan bij artikel 41 lid 3 Mw, wel verwezen wordt naar het ‘*Corbeau*-criterium’. De NMa stelt namelijk dat onverkorte toepassing van artikel 6 Mw niet op zijn plaats is, indien hierdoor een onderneming met een dienst van algemeen economisch belang zijn taak ‘...niet (onder economisch aanvaardbare omstandigheden) kan vervullen.’ Niet duidelijk is waarom de kern van het criterium, namelijk ‘economisch aanvaardbare omstandigheden’, tussen haakjes gezet is. Ook wordt verder niet uiteengezet, wat met deze aan de rechtspraak van het Hof van Justitie ontleende terminologie wordt bedoeld. In plaats daarvan wordt, bijna bij wijze van mantra, gesteld dat artikel 11 Mw strikt moet worden uitgelegd. Reeds is aangegeven dat in de literatuur juist is betoogd dat de verwijzing naar ‘economisch aanvaardbare omstandigheden’ lijkt te wijzen op een flexibele toepassing van de uitzonderingsbepaling van de dienst van algemeen economisch belang.

Al met al kan gesteld worden dat de NMa in de Richtsnoeren weinig vordering heeft gemaakt met de toepassing van het concept Diensten van algemeen economisch belang in de zorg. Zo is zij niet ingegaan op de suggestie in de literatuur gedaan om bepaalde taken van bijvoorbeeld ziekenhuizen te definiëren als diensten van algemeen economisch belang om zo rationele besluitvorming omtrent publieke belangen en zorg te bevorderen.¹⁷² De NMa is er, met andere woorden, voorsnog niet in geslaagd om een coherente visie te ontwikkelen op de plaats die Diensten van algemeen economisch belang innemen in de zorgsector. Dit wrekt zich enigszins in de passages uit de Richtsnoeren die gaan over de levering van zorg in dunbevolkte gebieden en 24-uurs zorg.¹⁷³ De NMa betoogt hier in essentie dat zorgaanbieders onderling afspraken moeten maken om deze zorg aan te bieden. Een bepaalde afstemming zal hierbij onvermijdelijk zijn. Zolang deze vormen van samenwerking niet verder gaan dan noodzakelijk is, stelt de NMa dat er waarschijnlijk geen problemen met de Mw zijn. Het is opmerkelijk dat de NMa niet aangeeft of in dergelijke gevallen het kartelverbod niet geschon- den is of dat er met succes een beroep op excepties gedaan kan worden. In het laatste geval zou artikel 11 Mw (Dienst van algemeen economisch belang) een goede kandidaat zijn. De samenwerking leidt er immers toe dat de zorgdiensten onder economisch aanvaardbare omstandigheden kunnen worden aangeboden in afgelegen gebieden. Dit is precies het criterium dat centraal staat in de rechtspraak van het Hof van Justitie over Diensten van algemeen economisch belang. Indien in de Richtsnoeren een coherente visie op Diensten van algemeen economisch belang was ontwikkeld, hadden de

overwegingen over zorg in afgelegen gebieden aan dit concept gekoppeld kunnen worden.

Conclusies

Het bekende uitgangspunt van autoriteiten als de NMa is dat het bevorderen van concurrentie de zorg ten goede komt. Meer concurrentie kan een positieve bijdrage leveren aan de realisering van de publieke doelen in de zorg. Het is echter ook mogelijk dat de concurrentie (enigszins) ingeperkt moet worden met het oog op diezelfde publieke zorgbelangen. In de Richtsnoeren wordt dit ook erkend. Zo neemt de NMa een positieve houding aan tegenover afspraken over kwaliteit en over samenwerking ten einde zorg in afgelegen gebieden te leveren. Hiermee geeft zij een duidelijk signaal af aan de sector: zij staat een gebalanceerde toepassing van de mededingingsregels in de zorg voor. Verder werkt de NMa uit wat de consequenties van het mededingingsrecht en met name van het kartelverbod voor de zorgsector zijn. De toegevoegde waarde van de Richtsnoeren zijn op dit punt groot. Het mededingingsbeleid dat tot nu toe gevoerd is in deze sector, wordt op overzichtelijke wijze gecodificeerd.

In deze geslaagde codificatie schuilt echter ook een probleem. Door zich te beperken tot codificatie heeft de NMa geen extra vorderingen gemaakt met het verder uitwerken van de verhouding tussen het mededingingsrecht en de publieke belangen in de zorg. Het is naar mijn mening niet zo dat het Europese mededingingsrecht, waarop de Mw is geënt, in de weg zou hebben gestaan aan deze nadere uitwerking. Het omgekeerde is eerder waar, nu arresten als *Wouters* en *Meca-Medina*, de jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot het begrip onderneming en het concept Diensten van algemeen economisch belang uitstekende aanknopingspunten bieden om de publieke zorgbelangen te integreren in de toepassing van het mededingingsrecht.

In de Richtsnoeren zijn sporen naar de zorgbelangen van kwaliteit, beschikbaarheid en betaalbaarheid van zorg terug te vinden maar een algehele visie ontbreekt. Dit is jammer, omdat onrust en onduidelijkheid in de sector zoals bij ketenzorg (mag er nu wel of niet worden samengewerkt om deze zorgvorm aan te bieden) de aanleiding was om zo snel na de tweede versie van de Richtsnoeren voor de zorg te komen met de derde versie van deze Richtsnoeren. Hoewel deze derde versie zeer uitgebreid is en nuttige informatie bevat, maakt de NMa de verwachtingen, die zij in het begin van de Richtsnoeren wekt ten aanzien van de publieke belangen in de zorg, niet helemaal waar. Dit betekent dat de spanningen die het gevolg zijn van botsing tussen publieke zorgbelangen en het mededingingsrecht op een ‘*case by case*’-basis moeten worden opgelost. Wellicht dat de NMa in de vierde versie van de Richtsnoeren meer op de verhouding tussen publieke belangen en het mededingingsrecht zal ingaan.

172. M.F.M. Canoy en W. Sauter, ‘Ziekenhuisfusies en publieke belangen’, *M&M* 2009/2, p. 58.

173. Zie randnr. 260 e.v. van de Richtsnoeren.